



**Centro Universitário de Brasília – CEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –**  
**FAJS**  
**Curso de Direito**

**JOÃO PAULO RIBEIRO AVIANI**

**REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS INDIGENISTAS:**  
**ineficácia das leis**  
**e insuficiência dos mecanismos estatais de fiscalização**  
**na efetivação dos direitos indígenas**

**Brasília**  
**2023**

**JOÃO PAULO RIBEIRO AVIANI**

**REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS INDIGENISTAS:  
ineficácia das leis  
e insuficiência dos mecanismos estatais de fiscalização  
na efetivação dos direitos indígenas**

Relatório de Jurisprudência apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros.

**Brasília**

**2023**

**JOÃO PAULO RIBEIRO AVIANI**

**REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS INDIGENISTAS:  
ineficácia das leis  
e insuficiência dos mecanismos estatais de fiscalização  
na efetivação dos direitos indígenas**

Relatório de Jurisprudência apresentado como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros.

**Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros, Dr.

Orientador

---

Examinador

---

Examinador

## RESUMO

O presente estudo teve por objetivo demonstrar a ineficácia da fiscalização das leis existentes e seus artigos, as quais acham-se determinadas “brechas” para que possam ser sobrepostos direitos humanos e ambientais em prol de um desenfreado desmatamento e avanço da sociedade ruralista juntamente com grandes empresas, que visam cada vez mais aperfeiçoar técnicas que podem ameaçar uma população inteira de extinção, bem como parte da fauna e flora local que ainda resta. Buscou-se evidenciar o pensamento de estudiosos sobre a conscientização de meios saudáveis de resolução de conflitos e, ao mesmo tempo, aludir aos fatos que são registrados até hoje e estão presentes desde a época da colonização, devido à falta de aplicação de leis eficazes ou até mesmo da fiscalização das leis já existentes.

**Palavras-chave:** Direitos políticos indigenistas. Política ambiental.

## **ABSTRACT**

The present study aimed to demonstrate the ineffectiveness of the inspection of existing laws and their articles, which are found to be certain "loopholes" so that human and environmental rights can be superimposed in favor of unbridled deforestation and the advancement of rural society together with large companies, which increasingly aim to improve techniques that can threaten an entire population with extinction, as well as part of the local fauna and flora that still remains. We sought to highlight the thinking of scholars about the awareness of healthy means of conflict resolution and, at the same time, allude to the facts that are recorded until today and are present since the time of colonization, due to the lack of application of effective laws or even the enforcement of existing laws.

**Keywords:** Indigenous people rights. Environmental policy.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO	- Ação Cível Originária
AGU	- Advocacia-Geral da União
APIB	- Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
art.	- artigo
CEUB	- Centro Universitário de Brasília
CF	- Constituição Federal
CN	- Câmara dos Deputados
Dr.	- Doutor
EUA	- Estados Unidos da América
FAJS	- Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
FUNAI	- Fundação Nacional do Índio
Gal.	- General
inc.	- inciso
ISA	- Instituto Socioambiental
nº	- número
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
ONG	- Organização Não Governamental
ONU	- Organização das Nações Unidas
PL	- Projeto de Lei
Prof.	- Professor
SF	- Senado Federal
SPI	- Serviço de Proteção aos Índios
SPILTN	- Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais
STF	- Supremo Tribunal Federal
UNI	- União Nacional Indígena
vs	- <i>versus</i>

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 O CONTEXTO JUSFILOSÓFICO DO INDIGENISMO NO BRASIL.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 Uma evolução histórica no contexto legislativo .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 A invasão, a ocupação e a exploração .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3 O início da luta pelos direitos coletivos dos indígenas .....</b>	<b>19</b>
<b>1.4 Índios, indígenas e genéricos.....</b>	<b>24</b>
<b>2 AS DISPUTAS TERRITORIALISTAS E O MARCO TEMPORAL ATUALMENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>28</b>
<b>2.1 As contradições do marco temporal sobre a posição do Supremo Tribunal Federal .....</b>	<b>33</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>40</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo teve por objetivo promover uma reflexão histórica no que se refere à evolução dos direitos indígenas; de modo específico, tratou do reconhecimento dos indígenas a partir da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1934 (Brasil, 1934), a qual melhor retratou o indigenato e acolheu os direitos indígenas de forma constitucional e fundamental, pelo fato de que tais direitos asseguravam a sobrevivência física e cultural, bem como os direitos humanos, até chegar à *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 (Brasil, 1988).

A Constituição Federal (CF) de 1988 incorporou os indígenas na sociedade brasileira introduzindo novas formas de compreensão por parte dos juristas, tratando também de questões a respeito dos movimentos indígenas até o referido momento. Nesse âmbito, a pauta maior foi a forma com que os poderes jurídicos tratavam das questões das capacidades civis indígenas e como tais discussões se referiam às práticas do poder do Estado, sendo que a principal evidência é a resistência de grande parte dos juristas sobre a compreensão da capacidade civil indígena.

Tem-se, então, a perda do poder político e a jurisdição dos povos indígenas, acarretando na interferência no direito de propriedade dos mesmos – o então conhecido “novo mundo” –, sendo reconhecidos como verdadeiros titulares das terras.

Como o contato interétnico foi bastante prejudicial aos povos indígenas que no Brasil habitavam ou habitam, como eles aceitavam ser chamados de índios ou indígenas, trazendo, assim, um grande impacto do homem tido como homem branco no que se reflete ao choque de culturas desde a época da colonização do país, percebe-se o quão sofrido é o caminho para que tenham tratamentos iguais aos homens brancos, sobretudo, quando da falta de representatividade indígena nos âmbitos jurídicos parlamentares, de modo que sejam protegidos como brasileiros, e não como povos de outra nação.

Atualmente, existe a preocupação com uma discussão que se encontra no Supremo Tribunal Federal (STF) que pode mudar algumas teses do marco temporal e o modo com o qual vincula as terras indígenas no Brasil, podendo inviabilizar de vez a demarcação de terras indígenas – já com o enorme prejuízo causado pela desenfreada agricultura existente, o grande desrespeito quanto ao território indígena e a importância dessas terras para preservação ambiental da fauna e da flora.



A grande dúvida que resta quando do tema “demarcação de terras indígenas” seria: o quão eficiente as leis e os artigos que tratam sobre tal temática são eficazes? Até quando a população indígena, sua cultura, irá se sobrepôr diante de leis e regras que são criadas sem ao menos ter sido representada ou consultada? Até onde irão as grandes empresas que buscam desenfreadamente por mais recursos naturais, mais desmatamento, visando cada vez mais expandir a agricultura, sem ao menos pensar em um meio sustentável? Não seria mais justo a promoção de mais debates amigáveis e sem conflitos com a população indígena para a solução e/ou implementação de novas leis e regras?

De fato, a falta de uma severa fiscalização de determinados artigos presentes na CF de 1988 (Brasil, 1988) e nas legislações que tratam dos direitos humanos e ambientais são os principais fatores das lutas dos povos indígenas, que reclamam o que é seu por direito – lutas que tiveram início desde a época da Carta Régia de 1611 (Oliveira; Bragatto; Lima, 2022). Estradas ilegais que se passam por dentro de reservas ou parques, em geral, utilizadas para a passagem de produtos ilegais por parte de grileiros; exploração de materiais nativos que, por vezes, servem para a sobrevivência dos indígenas; queimadas nas regiões etc., são alguns dos exemplos de irregularidades. E ainda, nos últimos anos tem sido cada vez maior a exploração de minério em territórios indígenas, sobretudo, em rios, lagos ou vegetações que abastecem cidades e povoados – questão envolta em um Projeto de Lei (PL) que buscou regular a questão da mineração em territórios indígenas (Projeto de Lei nº 191, de 2020) (Brasil, 2020). Logo, os impactos causados à população em comento devem ser levados em conta por parte do legislador, buscando a harmonia entre os interesses, a utilização sustentável dos recursos naturais e o respeito à cultura dos povos que habitam na região.

# 1 O CONTEXTO JUSFILOSÓFICO DO INDIGENISMO NO BRASIL

## 1.1 Uma evolução histórica no contexto legislativo

É importante ressaltar a importância da evolução do direito indígena no Brasil. Cerqueira (2016), por exemplo, relata a evolução histórica de como foram as demandas dos direitos indígenas desde o marco legal de 1831 até o marco constitucional de 1988.

Apesar dos indígenas terem sua cultura e costumes condenados como extremamente errados e não aceitáveis para o padrão na época, desde o marco legal de 1831, já havia a projeção para a criação de um órgão em defesa dos interesses indígenas, sobretudo, devido à menção sobre as inúmeras pessoas reconhecidas na época como indigenistas – responsáveis por diversas ações que contribuíram para o salvamento dos indígenas e das crianças ribeirinhas que habitavam nas regiões hoje conhecidas como os Estados de Goiás, Mato Grosso, Pará e São Paulo. Um desses indigenistas era conhecido como Gal. José Vieira Couto.

[...] Carlos de Araújo Moreira Neto havia falado em um órgão indigenista oficial do Império, que jamais existiu, haja vista que as Diretorias-Gerais dos Índios eram provinciais. Além disso, é impropriedade que houvesse **uma** ideologia oficial sobre os índios em todo o II Reinado. Tal como se dava com o malfadado *elemento servil*, havia debates, divergências, somas consideráveis de personagens envolvidos no indigenismo e que estavam longe de demonizarem os índios, seus costumes, práticas e tradições.

[...] O General José Vieira Couto de Magalhães (1837-1898), por exemplo, que presidiu as Províncias de São Paulo, Pará, Mato Grosso e Goiás, é hoje um reconhecido indigenista, que tentou em sua vida não poucos projetos para a “proteção” dos indígenas, o que evidentemente significava assimilação e aculturação, se quisermos pôr nestes termos, mas que eram ações práticas e não teóricas e/ou retóricas, de salvar índios, mormente crianças, da sanha ruralista brasileira que nos acompanha desde a colonização. Couto de Magalhães fundou, na década de 1880, uma escola apenas para *indiozinhos* em Cuiabá, denominada *Colegio Princesa Imperial D. Isabel*, que deveria servir de modelo ao país, no que tange ao modo pelo qual o próprio Estado, e não somente a Igreja, poderiam educar os índios, respeitando suas tradições, mas inserindo-os na nacionalidade brasileira. Projetos como o dele foram evidentemente rechaçados na República Velha (1889-1930), vez que tinham cunho monarquista, e o SPI passou quase toda a sua existência louvando o positivismo do Marechal Candido Rondon (1865-1958) e seus principais assessores (Cerqueira, 2016, p. 14).

Cerqueira (2016) também atenta para o período do Brasil Império, sobre as ações que eram tomadas como uma espécie de legislação, que denegria e não lograva um ponto de equidade de direitos e o reconhecimento do direito dos indígenas. O plano de José Bonifácio, por exemplo, que tentava colocar em prática o *Plano Geral de Civilização dos Índios*, nada mais era do que uma tentativa de catequizar os indígenas (Cerqueira, 2016).

Como se sabe, durante boa parte do período monárquico brasileiro vigoraram as disposições do Decreto Imperial no. 426/1845, que determinavam aos presidentes de Província apontar um *Director Geral dos Índios* para nomeação do soberano, além dos *Directores das Aldeias*, ou *Directores Parciais*, para conjunto de aldeias (Cerqueira, 2016, p. 16).

Entrementes, Cerqueira (2016) expõe a linha do tempo desde a década de 1870, para o chamado “Ministério do Império”, que futuramente seria chamado de “Ministério do Interior” e, atualmente, conhecido como “Ministério da Integração Nacional”. O Ministério do Império, fazendo uso das leis de 1850, teria ordenado para que fossem extintos os aldeamentos, onde os indígenas gozavam de uma estabilidade jurídica. Aquele autor ainda menciona a importância do jurista João Mendes de Almeida Junior, o qual teve papel importantíssimo para que pudessem tratar o que seria chamado de “marco temporal”, que tem como resultado uma situação até então ambígua por negar, em partes, o indigenato de acordo com a jurisprudência do STF.

Tem-se também uma história da evolução dos direitos indígenas pela vista do civilista José Theodoro Mascarenhas Menck, durante a América Colonial, no Império do Brasil e na República dos Estados Unidos do Brasil – um período de muita complexidade (Cerqueira, 2016).

No cômputo geral, pode-se afirmar livremente que as diversas legislações coloniais reconheciam aos indígenas uma “nacionalidade” totalmente diversa da de qualquer europeia e que isso levava os portugueses, no nosso caso, a dialogar, comerciar — e casar — com os índios amigos. E, obviamente, a guerrear com os índios inimigos. Iguamente ao que se dava com os demais europeus. Assim é que os monarcas filipinos (1580-1640), tanto quanto os bragantinos (1640-1808), sempre permitiram aos indígenas do “Estado do Brasil” e do “Estado do Grão-Pará e Maranhão” uma ampla vivência de seus usos, costumes e tradições, somente consentindo na escravização de índios capturados em “guerras justas”.

De maneira que até o século XIX, e seu liberalismo e nacionalismo galopantes, o “índio”, no que hoje constitui o Brasil, não era visto como “cidadão” — ou seja, súdito do soberano português. Isto gerava forte autonomia para as diversas etnias da América portuguesa, ainda que a catequização cristã (aculturação luso-católica) se fizesse sentir e fosse

responsável pela interação gigantesca de algumas culturas autóctones com as europeias (Cerqueira, 2016, p. 18).

No Brasil Império foi construída uma certa imagem de nacionalidade brasileira pelos estadistas. Ali, os indígenas foram reconhecidos como cidadãos, mas, a garantia de seus direitos sofria com os conflitos pró e anti indígenas. A consequência foi uma interpretação da Lei de Terras de 1850 (Cerqueira, 2016). Logo, Theodoro Menck (*apud* Cerqueira, 2016, p. 20) demonstraria o quão nocivo seria a Legislação da Primeira República para os direitos indígenas, a qual daria a responsabilidade aos Estados Federados pela política indigenista então chamada de “catequese e civilização” (Decreto nº 7, de 20 de novembro de 1889) (Brasil, 1889), juntamente com o domínio de terras devolutas, conforme o art. 64 da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1891, *in verbis*:

Art 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados (Brasil, 1891).

Cerqueira (2016) descreve a biografia do importante “jurisconsulto” João Mendes de Almeida Junior – considerado o “pai” do indigenato brasileiro ou uma introdução para o que seria um dos períodos mais importantes para história dos direitos indígenas. Para tanto, têm-se as falas do Ministro Alfredo Buzaid (1956, p. 94 e 95 *apud* Cerqueira, 2016, p. 24) na inserção histórica de Mendes Junior no STF:

Quando em princípio de 1917 JOÃO MENDES JÚNIOR assume o lugar de Ministro do Supremo Tribunal Federal, já não eram satisfatórias as suas condições de saúde. Lá permaneceu por mais de um lustro. Os acórdãos ou votos, que redigia, eram geralmente curtos; continham o essencial. Sua preocupação era exprimir com clareza o julgamento do Tribunal, só mui raramente é que ilustrava o acórdão com a lição dos doutores, selecionados com rigor e transcrita com toda oportunidade. Era, porém, nas discussões em plenário que revelava o esplendor de sua vasta cultura e invejável erudição. [...] JOÃO MENDES JÚNIOR era o argumentador, lógico e frio; conhecendo profundamente a história, o direito e a filosofia, invocava a cada passo os textos romanos, aplicáveis aos casos concretos; a doutrina dos antigos juristas portugueses lhe era tão familiar como o último estado da ciência jurídica dos povos civilizados; não procurava impor sua opinião; mas porfiava na defesa da boa doutrina. Seus votos tinham a serenidade de um raio de sol. Quando discrepava do sentir da maioria, limitava-se a assinar vencido.

Em 1902, foram realizadas três conferências na *Sociedade de Etonographia e Civilização dos Índios de São Paulo* (Cerqueira, 2016). Mendes Junior (*apud* Cerqueira, 2016), por sua vez, demonstra o processo de colonização de países como, por exemplo, os Estados Unidos da América (EUA) pelos ingleses, retratando como foram tratadas as questões indígenas no país. De certo, é notório que houveram diversas polêmicas quando se trata dessas peripécias, ou seja, foram basicamente os mesmos conflitos presentes no Brasil.

Na primeira conferência (*Os indígenas no regimen da Federação*), Mendes Júnior explica o processo colonizatório norte-americano e aponta como o reino inglês e, depois, os Estados Federados da América do Norte passaram a lidar com os índios e suas terras. Evidentemente tanto lá quanto aqui a barbárie sempre ocorreu, mas as generalizações servem pouco ao trabalho historiográfico. De modo que Mendes Júnior elucida que após a fase emancipacionista, guardou-se o espírito da administração colonial, no sentido de encarar as comunidades indígenas como “potências”, isto é, entes autônomos dentro dos Estados. Os assuntos indígenas sempre foram tutelados pelo Governo Federal, diz ele, nunca pelos estaduais. Desde o primeiro presidente, General George Washington (1732-1839), foram sucessivas as denúncias do jugo de indígenas no território das antigas Treze Colônias, agora em expansão para a formação dos EUA. Em 1795, Washington denunciou as crueldades no Congresso, nos mesmíssimos termos que, aqui, Bonifácio fazia: só se pode esperar justiça dos índios e se formos justos com eles (Cerqueira, 2016, p. 18).

Em seguida, houve uma votação conhecida como *Act*, para que pudessem proteger as terras indígenas. Mendes Junior (*apud* Cerqueira, 2016) afirmou que houve uma certa discordância entre os jurados, pois, para alguns, as terras indígenas constituíam “estados”, os quais estariam dentro de Estados Federados, e para outros, eram autônomos; e ainda, conclui exaltando os esforços para que os indígenas pudessem ser civilizados com as tradições da cultura atual, com o interesse de que o Brasil pudesse seguir os mesmos objetivos (Cerqueira, 2016).

Por fim, na terceira conferência na *Sociedade de Etonographia e Civilização dos Índios de São Paulo* (Cerqueira, 2016) houve a busca por passar o conhecimento de como ficariam os índios após a independência e sua situação até o ano de 1912. Ali, Mendes Junior expõe de uma forma teórica o que seria o “indigenato”, assim enaltecendo a narrativa do General José Arouche de Toledo Rendon (1756-1834):

O General Arouche, contudo, lembre-se, era um *coimbrão* de formação, como tantos seus coetâneos, e é certo que devesse ter fortes críticas ao jesuitismo e ao franciscanismo no labor indigenista do XVI ao XVIII. Não se quer com isso pôr em redoma de vidro os principais religiosos que catequizaram os índios no território luso-americano. Quer-se apenas salientar

os locais de fala dos autores. É certo que o General Arouche, com sua *Memoria*, auxilia fortemente o historiador e o jurista atuais na pesquisa sobre o desenvolvimento do indigenismo estatal brasileiro em meados do XIX, quando resgata a história do Seiscentos e do Setecentos. Mas é necessário ter acurácia na análise (*apud* Cerqueira, 2016, p. 30).

Arouche demonstra que, ao abandonar a Região de São Paulo no século XVII, ocasionou a criação de demandas para os demais Estados das Regiões Centro-Oeste e Sudeste do país (Cerqueira, 2016), com a Carta Régia ordenando que fossem “recrutados” mais índios ao nordeste do país, à ordem de que fossem separados em determinadas quantias para Majestade.

Mendes Júnior acresce que, diferentemente do processo norte-americano, onde a miscigenação étnica foi infinitamente menor, entre nós ocorreu que aldeias indígenas tornaram-se vilas e/ou municípios. Àqueles que não quiseram se *lusificar* — para usar termo caríssimo a Gilberto Freyre (1900-1987) — restou, segundo nosso autor, “constituir hordas *errantes* ou a *habitar aquilo que chamamos terreno desconhecido*”. A teor do art. 6o da Constituição Política do Império do Brasil eram todos, já que nascidos em território nacional, **brasileiros**. Depois ele passa às discussões ainda muito candentes em seu tempo: quem seriam os descendentes dos índios naquela década de 1910 que não mais seriam índios, visto que não habitantes de aldeias. Ele rechaça, parcialmente, a argumentação de Mello Moraes Filho (1844-1919), de que nem mais *caribocas* se via no interior, pois na hibridação teriam desaparecido, sendo as “raças” europeias mais predominantes. Mendes Júnior refuta que os paulistas em geral são descendentes em “linha reta” dos índios e por isso “os signaes *ethnographicos indicam um typo mais proximo do europeu, porem diferente quer de europeu, quer de mulato. Só depois de 1570 é que principiam a entrar africanos e a grande massa entrou depois de 1755*” (Cerqueira, 2016, p. 32).

De modo a entender determinados aspectos do que o autor se refere a “mestiçagem ameríndio-brasileira” mediante teorias racistas, Mendes Junior (*apud* Cerqueira, 2016) cita vários filósofos que tiveram o mesmo o interesse de defesa dos direitos desses povos, levantando a observação de que os índios eram, assim como os povos europeus, merecedores de seus direitos.

Segundo Mendes Junior (1912, p. 51 *apud* Cerqueira, 2016, p. 32):

A realidade é que a alma indígena americana pensa, julga, raciocina, coordena raciocínios, com o mesmo vigor de atenção, reflexão, analyse, synthese, comparação e apprehensão comparativa; a alma indígena está sujeita as mesmas paixões a que está sujeita a alma européa, mostrando, porem, superioridade na temperança, na energia e na paciencia e até, digamos a verdade, até na justiça e na caridade.

A alma do descendente de indígena cruzado com europeu, é tão vigorosa, e às vezes mais vigorosa do que a do puro europeu ou do puro indígena; e tem a vantagem de unir a ambição do europeu à longanimidade do indígena, temperando uma pela outra.

Mendes Junior (*apud* Cerqueira, 2016), então, explica como a cultura indígena foi se diluindo aos poucos, conforme os indígenas foram sendo “civilizados”. Eles foram, de certo modo, corrompidos por determinadas situações, as quais antes não tinham o conhecimento (o alcoolismo, por exemplo) e que atacavam de forma direta sua cultura.

Ainda conforme os conhecimentos de Mendes Junior (*apud* Cerqueira, 2016) a respeito da legislação, se referindo às “sesmarias”, ele convoca o conhecimento sobre a Lei de Terras de 1850, a qual proíbe a concessão de sesmarias visando a ocupação fundiária dos sertões, para uma espécie de exceção para uma posse rural. Com isso, surgem as “terras devolutas” no Brasil, ou seja:

1. As terras que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial ou municipal;
2. As que não se acharem em dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura;
3. As que não se acharem dadas por sesmarias e outras concessões do Governo que, apesar de incursas em comisso, foram revalidadas pela Lei;
4. As que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem por título legal, forem legitimadas pela Lei (Cerqueira, 2016, p. 34).

Cerqueira (2016, p. 34) completa raciocínio contextualizando como seriam os tipos de posses, suas finalidades de uma forma geral e uma nova regra para o registro de terras, conforme se segue:

A Lei de Terras, em seu art. 12, par. 1o, reserva parte das terras devolutas para a “colonização dos indígenas”. O Regulamento no. 1.318/1854 estatui que a reserva para a “colonização e aldeamento dos indígenas nos distritos que existirem hordas selvagens” não se confunde com o reconhecimento de que as TIs já existentes nos antigos aldeamentos (coloniais) eram de ocupação e posse permanente dos índios.

Ainda nesse mesmo raciocínio, tem-se a seguinte argumentação de Mendes Junior (1912 *apud* Cerqueira, 2016, p. 34):

[...] Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exhibam os registros de suas posses. Parece-nos, entretanto, que outra é a solução jurídica: desde que os indios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles occupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hypothese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito á reserva, fundado no Alvará de 1 de abril

de 1680, que não foi revogado, direito esse que Jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita á legitimação e registro.

Cerqueira (2016) relembra, por meio de Mendes Junior, o colonato, que poderia originar a municipalização, exigindo um requisito para que pudesse ser, de fato, exercido, no caso de indígenas. Nessa situação, eles eram aldeados fora de seu lugar de origem; ou seja, entende-se que a cultura dos mesmos poderia ser prejudicada, tendo em vista as misturas de etnias, de costumes e até mesmo o renascimento de intrigas antigas entre aldeias.

O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto Paulo [...], a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1o de abril de 1680, como direito congenito. Ao indigenato é que melhor se applica o texto do jurisconsulto Paulo: — *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit* (Mendes Júnior *apud* Cerqueira, 2016, p. 35).

Por fim, Mendes Junior (*apud* Cerqueira, 2016) relembra do art. 24 do Regulamento nº 1.318, de 1854, o qual se refere ao possuidor original da terra, apontando o ocorrido nos EUA, onde os indígenas venderam suas terras ao Estado em troca de indenizações.

## 1.2 A invasão, a ocupação e a exploração

Em meio à violência vivenciada pelos povos indígenas, sendo causadora de mortes, uma vez que suas terras foram, “por direito”, cobiçadas, faz-se importante analisar os conflitos e a real necessidade da demarcação das terras indígenas, sendo tal ação fundamental para a preservação da vida desses povos. Sobre a questão, Silva (2018, p. 481) assevera:

A invasão, ocupação e exploração do solo brasileiro foram e são determinantes para as transformações radicais que os povos originários passam no decorrer de cinco séculos. Um longo processo de devastação física e cultural eliminou grupos gigantescos e inúmeras etnias indígenas, especialmente através do rompimento histórico entre os índios e a terra. Por dentro da tradição da teoria social crítica, podemos captar elementos teórico-metodológicos muito significativos para análise do processo histórico social vivido por esses povos e apreender a teia contemporânea de ameaças à própria continuidade da existência da vida indígena e sua possibilidade de autodeterminação e auto-organização.



Silva (2018) observa que houve uma real mudança na vida dos povos indígenas na atual realidade brasileira, além do fato de que os mesmos acabam tentando se adaptar ao modo de vida do “homem civilizado”; ou seja, tem-se o retrato das formas de organizações sociais que sofrem interferências interétnicas e intraétnicas.

Em toda a América havia inúmeros povos distintos que foram chamados de índios pelos europeus que aqui chegaram”, classificados pelos portugueses com o intuito de viabilizar os objetivos da colonização. Nas investidas etnocêntricas, o colonizador era a referência. Assim, os nativos foram classificados em dois grupos de índios: “aliados” e “inimigos” (Almeida, 2010 *apud* Silva, 2018, p. 482).

De fato, a realidade da apropriação de terras advém da época colonial. Nesse viés, vale lembrar os métodos violentos utilizados para a apropriação das terras indígenas, atualmente percebidos na grande concentração de terra nas mãos de ruralistas agropecuários. Além do mais, o avanço da exploração de territórios de preservação brasileiros por meio de métodos violentos não afetou somente populações indígenas, mas também populações ribeirinhas e quilombolas (Silva, 2018).

É com o avanço das formas capitalistas de exploração do campo brasileiro que a relação entre indígenas, lavradores, quilombolas vive constantes ameaças de expropriação e reprodução das formas de rompimento com seu principal meio de reprodução da vida: a terra. Temos inúmeros casos na realidade brasileira de expulsão de populações ribeirinhas, tradicionais, quilombolas, pesqueiras pela ação predatória do grande capital nas investidas dos grandes empreendimentos (hidrelétricas, barragens, exploração de minérios, de madeira, entre tantos outros) (Silva, 2018, p. 484).

Silva (2018) destaca a Lei de Terras do século XIX, que faz referência ao que se pode chamar de início do “extermínio da população originária”, mesmo esta demonstrando resistência.

Dos primeiros anos da colonização até a Lei de Terras (séculos XV-XIX) ocorre uma destruição radical das populações originárias, bem como a dispersão e diversas formas de migrações compulsórias, produto da expulsão de seus territórios. A Lei de Terras exerceu a função de institucionalizar formas de expropriações. Os povos que resistiram e adentraram os sertões e outras regiões de difícil acesso no país, durante o século XX, continuam ameaçados com os avanços de formas de exploração capitalista no campo. Os processos constantes de expulsão de indígenas levam-nos a compor uma massa de trabalhadores espoliados e em condições de extrema precariedade, seja nas pequenas ou nas grandes cidades (Silva, 2018, p. 484).

Assim, a terra teria apenas a função de ser negociada; ou seja, conclui-se que a realidade atual é marcada por considerável desigualdade e pelo conflito de interesses entre terceiros, indígenas e trabalhadores do campo. Sobre a questão, Caldart *et al.* (2012 *apud* Silva, 2018, p. 484) manifesta:

O que se observa em relação à terra no Brasil é uma complexa realidade que envolve, de um lado, múltiplas formas de acesso coletivo e comunitário, e lutas pelo seu controle democrático, no que diz respeito a terras indígenas, quilombolas, tradicionalmente ocupadas ou ocupadas pelos movimentos sociais em luta pela Reforma Agrária; e, de outro, a reafirmação de formas monopolistas de controle da propriedade da terra no Brasil, favorecidas por ações das diversas esferas do Estado brasileiro, seja quando nega a titulação de terras indígenas, rejeita o reconhecimento de terras quilombolas e não legitima terras tradicionalmente ocupadas, seja quando não desapropria para fins de Reforma Agrária as terras que descumprem a função social, favorece a grilagem de terras, garante a manutenção de latifúndios improdutivos intocados e preserva o direito de propriedade de quem utiliza mão de obra escrava.

Nota-se como eram inicialmente tratadas as questões indígenas. Elas não eram consideradas nem sociais nem políticas, ou seja, estavam apenas baseadas em conflitos de interesses econômicos. Assim, os índios ainda eram vistos como um impasse para o desenvolvimento nacional ou como um obstáculo para o progresso. Com isso, em 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), futuramente tornando-se o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), com o objetivo de atender exclusivamente as demandas indígenas. A partir daí, o índio passou a ser visto como um ser que podia conviver em comunhão nacional, mas percebido com um aspecto de inferioridade evolutiva e cultural (Silva, 2018).

No decorrer do século XX ocorreram muitas transformações positivas sobre a questão indígena brasileira, tanto na dimensão institucional de organização dos serviços de regularização das políticas como na atuação direta do Estado e dos órgãos de proteção em favor do avanço na legislação de proteção. Embora com elementos e instrumentos contraditórios, houve processos de mapeamento que favoreceram a visibilidade da presença indígena no território brasileiro, bem como, ainda que de forma limitada, a organização de dados e registros oficiais que dimensionaram a condição concreta da realidade dos povos (Silva, 2018, p. 488).

Também as décadas de 1970 e 1980, foram marcantes para o índio no Brasil. Tem-se aí os retrocessos causados na vida dos povos indígenas e o quão prejudicado foi o órgão de proteção voltado aos mesmos, sendo enfraquecido por conta do regime

civil-militar. Ao referir-se ao sistema jurídico e normativo, Silva (2018, p. 494) retrata que:

A realidade contemporânea e as demandas vitais próprias dos povos originários são muito complexas e dinâmicas. Um sistema jurídico normativo não dá conta de incorporar as demandas das diversas formas de organização social. Porém os povos indígenas e sua singularidade estão sob as determinações dessa dimensão da vida: o fenômeno jurídico da sociabilidade burguesa e suas formas de controle e regulação da vida social.

Ainda a respeito do mesmo tema, Silva (2018, p. 494) evidencia o que se tem em relação ao “direito a terra”:

Tratar do “direito à terra” e da necessidade da demarcação das terras indígenas frente às ameaças da apropriação capitalista do campo é tratar do desenvolvimento concreto da singularidade indígena e sua interlocução com o complexo social total: como um ser social.

Assim, as populações indígenas foram sendo dizimadas por conta de um novo sistema de vida imposto pelo período colonial, colocando os povos indígenas em condições “periféricas”, para que eles pudessem se enquadrar ao novo sistema de normas (Silva, 2018).

As leis contemporâneas voltadas à proteção das demandas e necessidades próprias dos povos indígenas são resultado de muita luta, organização dos próprios indígenas e articulação com os órgãos que atuam em sua defesa. Também estão constantemente ameaçados porque entram em confronto com os processos materiais, com a realidade econômica dos empreendimentos capitalistas de exploração dos recursos naturais que ainda estão nas mãos dos povos originários. Essa tensão atinge toda a classe trabalhadora porque ela se volta contra os trabalhadores do campo, contra as próprias formas de vida marcadas pela produção e reprodução da vida em conexões diretas com a natureza (Silva, 2018, p. 496).

Por fim, Silva (2018, p. 498) assim conclui a questão:

Embora reconheçamos a impossibilidade da norma, de a lei transformar a vida concreta, por reconhecer os limites da igualdade formal, e da função social do sistema jurídico na sociedade capitalista, é importante destacar o avanço normativo que trata dos direitos dos povos indígenas no Brasil. A aceitação social de que as terras indígenas são “direitos originários”, ou seja, antecedem a criação do próprio Estado brasileiro, é fundamental para os processos de demarcação, considerando as pressões constantes do grande capital através do agronegócio que amplia os processos de expropriação dos povos indígenas de suas terras.

### 1.3 O início da luta pelos direitos coletivos dos indígenas

Faz-se importante conhecer quando se iniciou a luta pelos direitos coletivos dos povos indígenas, que provavelmente existem desde a colonização pelas coroas da Península Ibérica, ou seja, desde o contato dos indígenas com os povos europeus por relações econômicas.

Brabo e Bentes (2020) apontam que os estudiosos dos direitos indígenas vêm criando teorias para defender os direitos dessa população como povos soberanos. Tem-se ainda o fato de que alguns títulos jurídicos que legitimavam a perda do poder político e de jurisdição dos indígenas causaram o que pode ser reconhecido como usurpação do direito de propriedade dos povos indígenas do novo mundo sobre seus bens e suas terras (Brabo; Bentes, 2020).

Dessa feita, como expõe Silvia (2015 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 125):

Muitos missionários, enviados ao Novo Mundo, foram egressos dos grandes centros universitários, carregando consigo os ideais humanitários provenientes dos conceitos cristãos, portanto, modelando as bases éticas, políticas e jurídicas sobre o processo de conquista e de colonização da América pelas consideradas metrópoles, Coroa Espanhola e Portuguesa.

Aqueles autores referenciam a Francisco De Vitória, responsável por iniciar a teoria sobre a dignidade dos povos indígenas, com determinadas fontes, porém, seguindo os fundamentos de São Tomás de Aquino, ainda sobre uma linha que aproxima o direito divino com o direito humano (natural e positivo). Segundo José (2016 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 125):

Francisco de Vitória, após três anos de estudo em Valladolid, onde ampliou seus conhecimentos sobre a América, começou a ter contato sobre o relacionamento dos indígenas americanos com os colonizadores espanhóis por meio de notícias em Salamanca, residindo no convento de San Esteban. Esta futura universidade foi propulsão de missões de diversos frades Dominicanos ao Novo Mundo.

Neste caso, as questões indígenas foram estudadas a partir do direito divino natural, colocando as demais culturas em uma igualdade conforme o homem racional, ou seja, por um reconhecimento da condição humana, caracterizando uma sociabilidade cuja mesma possa alcançar uma comunidade política. Sobre a questão, Fernando (2012 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 126) assevera:

Francisco de Vitória, em seu comentário ao Artigo 3 da Suma Teológica de Tomás de Aquino, afirma que o direito natural trata do que é igual segundo a natureza da coisa, com base no que dispõe o Artigo 2. Entretanto, Vitória afirma que o que é adequado a outro ou igual relativamente não se identifica com o direito natural, não é uma espécie sua e nem deriva dele. Portanto, considerando que o autor sustentou que tudo o que não é natural, é positivo, conclui Fernando que o direito das gentes só pode ser positivo, direito que resulta a partir de um estatuto humano racionalmente fixado.

Brabo e Bentes (2020, p. 128) assim transcrevem como o escriba Pêro Vaz de Caminha demonstra a pureza dos povos indígenas com o contato inicial dos portugueses:

Parece-me gente de tal inocência que, se homem os entendesse e eles a nós, seriam logo cristãos, porque eles, segundo parece, não têm, nem entendem em nenhuma crença. E portanto, se os degredados, que aqui hão-de ficar, aprenderem bem a sua fala e os entenderem, não duvido que eles, segundo a santa intenção de Vossa Alteza, se hão-de fazer cristãos e crer em nossa santa fé, à qual praza a Nosso Senhor que os traga, porque, certo, esta gente é boa e de boa simplicidade. E imprimir-se-á ligeiramente neles qualquer cunho que lhes quiserem dar [...].

De fato, a existência dos povos indígenas impressionava os portugueses, pois, eles não imaginavam que essas terras já seriam habitadas, anulando a ideia de terra desabitada. Porém, sempre relatado, os povos indígenas ali encontrados eram considerados um povo sem Deus e sem leis, ou seja, estavam longe da ideia de que pudessem estabelecer relações (Brabo; Bentes, 2020).

Apesar de tudo, segundo Colombo, em suas cartas para o Rei da Espanha, os povos indígenas da América Central sempre demonstraram uma grande generosidade e uma organização hierárquica entre eles, que, por sua vez optaram voluntariamente por tal – o que demonstra que tais povos viviam, quem sabe, por séculos, com essa mesma harmônica organização, antes dos primeiros encontros interétnicos. Sobre a questão, Olivia de Coll (1996 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 128) observa:

Tal foi a presteza, gentileza e severidade do trabalho, que Colombo escreveu: “Certifico a Vossa Alteza que em nenhuma parte de Castela se colocaria tanto cuidado em todas as coisas, a ponto de se poder dizer que não faltou sequer uma agulha que fosse. [...] Acredito que não exista no mundo melhor gente e melhor terra”.

Mesmo assim, tais fatos não foram suficientes para que pudessem impedir a (execução) dos povos indígenas, e que foram forçados a executar árduas tarefas com o objetivo de acumular mais riquezas para a Espanha. No entanto, foi desenvolvido

um conjunto de normas sobre os direitos dos mesmos com base no *derecho indiano*. Sobre a questão, Felipe Salustino (2013 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 129) atenta:

Estas leis foram os primeiros regulamentos que regiam o comportamento dos colonos espanhóis na América, especialmente no que diz respeito ao trato com os índios. Nelas continham regras enumeradas para o governo dos povos indígenas no Novo Mundo, como: o suprimento de comidas, roupa e de camas para os índios, proibição aos maus-tratos e apoiava sua conversão ao catolicismo. Ordenavam que os espanhóis os utilizassem na construção de igrejas e lhes ensinassem a doutrina cristã e que batizassem os filhos indígenas [...].

De certo modo, com o passar do tempo, foram desenvolvidos padrões de tributos repassados por um sistema de exploração a determinados povos indígenas, resultando, por vezes, no extermínio dos mesmos, descartando o modo como se organizavam para regulamentar direitos entre si. Conforme iam se consagrando esses direitos, houveram divergências entre si, pois na época não se permitia que povos indígenas fossem escravizados. Sobre a questão, Beatriz Perrone-Moisés (1999 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 130) evoca:

A legislação portuguesa para a Colônia brasileira consagra, desde o século XVI, os direitos dos povos indígenas a seus territórios. Em Alvará de 1596, referindo-se às terras dos índios nos aldeamentos localizados junto às povoações coloniais, lê-se: “o gentio [...] será senhor de sua fazenda, asi como o he na serra”. Sob a formulação “senhores de suas terras nas aldeias como o são na serra” reconhecimento cristalino de direitos territoriais anteriores à colonização e, independentes dela, a afirmação seria retomada nas Leis de 1609 e 1611, que constituem marcos na legislação indigenista colonial, e, com algumas variações, em vários documentos legais posteriores. Reconhecidos os direitos legais e históricos, como diríamos hoje, dos povos indígenas às suas terras, durante toda a colonização não houve um momento sequer em que esse princípio fosse expressamente negado ou restrito.

E ainda, segundo Souza (*apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 130):

Visto que a legislação portuguesa da época proibia a escravização de indígenas, entende-se que houve uma série de ilegalidades, praticadas com frequência, pois havia a permissão para sua prisão em cativeiro somente nos casos de guerra justa ou no caso dos salteadores ou fugitivos.

Também são retratados os impactos socioambientais sobre o direito originário às terras dos povos indígenas e suas atuais consequências, em observância à variedade de povos indígenas com determinadas variantes linguísticas. Aqui, Darcy Ribeiro (1996 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 131) se manifesta:

Nos moldes atuais do país, as populações indígenas podem ser classificadas em quatro diferentes categorias em relação ao grau de contato com a sociedade nacional, sendo estes: isolados, de contato intermitente, de contato permanente e integrados.

Brabo e Bentes (2020, p. 131) assim explicam como se organizam tais categorias:

A primeira categoria tem como consequência tribos com completa autonomia cultural, vigor físico e número de população maior em relação às tribos de outras categorias. Estes são os isolados, grupos que vivem nas zonas não alcançadas pela sociedade brasileira, com raríssimos contatos acidentais. A segunda categoria corresponde aos grupos inicialmente afetados pelo contato da ocupação e do alcance da sociedade nacional. Apesar de ainda possuírem certa autonomia cultural, demonstram a necessidade de estabelecer relações econômicas com não indígenas, compreendendo uma certa diversificação de suas tarefas habituais. A terceira categoria demonstra perda completa da autonomia sociocultural, tornando-se dependente da economia regional por meio de artigos indispensáveis. Esta categoria, a de contato permanente, conserva costumes tradicionais com modificações dos efeitos econômicos, culturais e ecológicos. Aumenta-se o meio de comunicação pela maior quantidade de indígenas a falar a língua portuguesa, com a conseqüente diminuição do número de membros da população. A quarta, e última, categoria exprime a população indígena que sofreu todos os efeitos anteriores, conseguindo sobreviver em meio à produção nacional como mão-de-obra ou como produtores especializados em artigos para o comércio.

O contato das populações indígenas com a sociedade brasileira vem ocasionando uma certa interferência no desenvolvimento desses povos. Sobre a questão, Brabo e Bentes (2020) ressaltam que é interessante se atentar ao *caput* do art. 231 da CF de 1988, *in verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.  
[...] (Brasil, 1988).

De fato, é possível entender que os direitos dos povos indígenas estão atrelados ao Direito Ambiental, aos direitos internacionais e aos direitos humanos. Dessa feita, a questão também se conecta com a CF de 1988 (Brasil, 1988), com o intuito de criar áreas ambientais protegidas com a finalidade de proveito econômico em todos os ramos. Logo, foi criado o Parque Nacional, cujo norte é a preservação de áreas ambientais e a proteção dos povos indígenas. Após a criação da Fundação

Nacional do Índio (FUNAI), tem-se o reconhecimento do Parque Indígena, com a existência de diversas etnias.

Vale lembrar que muitas invasões às terras indígenas se deram nas décadas de 1980 e 1990, por conta de ameaças de desmatamento resultantes do avanço da agropecuária, da ação de madeireiras e por caçadores e pescadores.

Finalmente tem-se a abordagem a respeito da inconstitucionalidade do marco temporal, conforme a Petição 3.388 Roraima (Brasil, 2009). Evidentemente, por fatos histórico-jurídicos, os povos indígenas sofrem com a invasão de suas terras e com a desconsideração intermitente do STF a estudos e análises feitas para objetivar o marco temporal, deixando, então, evidente a violação dos direitos indígenas (Brabo; Bentes, 2020), tendo como exemplos os Xucuru, que foi o primeiro povo a ter uma sentença por violações de direitos humanos, pela demora do processo de reconhecimento e delimitação das terras dos indígenas.

Segundo o Instituto Socioambiental (ISA, 2009), os Xucuru habitam um conjunto de montanhas, conhecidas como Serra de Ororubá, no Estado de Pernambuco, de modo que os registros sobre esses índios datam do século XVI, e desde então sofrem transformações com processos de expropriação de suas terras (Brabo; Bentes, 2020, p. 137).

É também demonstrado que, apesar da polemica do assunto, vários ministros do STF já apresentaram seus posicionamentos na questão dos povos indígenas. Porém, a demora para o julgamento da petição por parte da Corte Maior corrobora com o princípio de desrespeito e violação dos direitos indígenas. Nesse viés, segundo Treccani e Alves (2017 *apud* Brabo; Bentes, 2020, p. 138):

Estabelecer a data de 1988 como: “marco temporal” significa contrariar o princípio da continuidade da proteção constitucional e usurpar os direitos indígenas. O STF em lugar de fazer respeitar os direitos dos índios, conforme determina a Constituição Federal, parece preferir colocar fim aos conflitos entre eles e os usurpadores de suas terras cassando os direitos originários dos povos indígenas. Exigindo que se prove o “renitente esbulho”, se utiliza um conceito civilista de “esbulho possessório” absolutamente estranho ao direito constitucional deferido aos índios.

O parágrafo outrora apresentado argumenta que definir o ano de 1988 como marco temporal para a demarcação de terras indígenas vai contra a proteção constitucional contínua e viola os direitos dos povos indígenas. Em vez de proteger esses direitos, o STF parece estar mais interessado em resolver conflitos entre



indígenas e invasores de terras – o que resulta na revogação dos direitos originários dos indígenas. Além disso, ao exigir a comprovação do "renitente esbulho", o STF está aplicando um conceito jurídico que não está alinhado com os direitos constitucionais dos indígenas.

#### 1.4 Índios, indígenas e genéricos

Ramos (1990) traz a ideia de como o contato "interétnico", de certo modo, foi bastante prejudicial aos povos que inicialmente habitavam o Brasil e como eles mesmos então "aceitaram" ser chamados de índios ou indígenas. Aquela autora relata o quão grande o impacto do homem tido como branco pode ter causado nesse choque de culturas, sendo que desde a época da colonização do país até os dias atuais, não é demonstrado um equivalente respeito entre os povos indígenas e o homem branco, ou seja, globalizado; o quão sofrido é, até hoje, o caminho para que sejam tratados como iguais e não uma outra nação no país. Tem-se ainda uma fraca representatividade nos meios parlamentares para que haja uma eficácia para leis que façam com que os povos indígenas sejam protegidos.

Como é dito e transmitido por representantes de aldeias de alguns dos povos indígenas no Brasil, as leis e as Organizações Não Governamentais (ONGs) que foram criadas para que pudessem proteger e representar os direitos dos indígenas, atualmente são defasadas e ineficazes.

Segundo o depoimento de Sampaio Álvaro, de 1981, apresentado por Ramos (1990, p. 122):

A maneira de ver o índio, quando o índio começa a descobrir que seu caminho e seu destino não estão certos, é isso que nos obriga a ir nas grandes capitais para dar a opinião um conhecem então diferente, que ela jamais conheceria. Pois, quando a gente chega aqui, vocês são obrigados a ouvir e levar esta mensagem para suas famílias. Porque o problema do índio brasileiro não é problema a só dele, mas é do povo brasileiro.

É o Estatuto do Índio: a justiça que não é feita e a lei que esses homens desconhecem. E, infelizmente, senhores advogados, nós temos, dentro da FUNAI, advogados que estudam durante todo o dia para modificar o Estatuto do índio e esse Estatuto não pode ser modificado, porque jamais foi realizado aquilo que ele contém.

Em outras palavras tem-se que os povos indígenas não são devidamente representados, sendo grande a ineficácia das leis atualmente existentes no Brasil para que eles sejam representados. Ramos (1990) também traz o depoimento de Álvaro,

que relata que, de certo modo, ser indígena no Brasil é dar vergonha para outras nações. É relatado também como no passado os indígenas eram “colocados na linha” pela FUNAI e como os homens de alto cargo, na época dos militares, os tratavam não como seres humanos, com as mesmas vontades e ambições.

Durante vários séculos, no Brasil, os povos indígenas viviam em paz, praticavam suas crenças e colocavam em prática sua cultura, conforme assevera Marco Terena (*apud* Ramos, 1990, p. 125):

Durante vários séculos, aqueles homens que foram cognominados de índios puderam viver em paz, dentro dos seus costumes, dentro das suas tradições, daquilo que se chama cultura. Um dia, porém, chegaram até os seus lares, até aos lares indígenas, homens que a princípio se mostraram amigos, mas que depois, enganosamente, quebraram a confiança existente nesse relacionamento.

Com base nos relatos supracitados, aquilo que deveria ter sido aplicado, de fato, se deu, na prática, totalmente ao contrário, mediante uma legislação que até hoje é retratada de uma forma ineficaz.

Ramos (1990) trata da questão do “índio genérico” – termo relacionado ao acesso dos indígenas a um conhecimento mais amplo de seus costumes, ou seja, o contato com a imposição da cultura do homem globalizado, remetendo-os a índios genéricos por, de fato, não explicitar sua cultura como deve ser.

Tem-se uma considerável lista de queixas relatadas por esses representantes sobre a questão da falta de respeito com o território indígena, da forma que são tratados no contexto humanitário, como se fossem objetos sem sentimentos, necessidades ou cultura, ou no que concerne aos espancamentos, às prisões sem nexos ou lógica alguma, às expropriações e muitas outras crueldades (Ramos, 1990).

O tom agressivo de suas falas revela muito de sua história de vida. São quase sempre vocíferas e desvelam o drama pessoal de um índio apanhado entre duas pressões conflitantes: seu ideal de voltar a casa e a necessidade de continuar na luta política a nível nacional. Recentemente, Álvaro Sampaio fez uma drástica opção que, se me é permitido especular, deve ter-lhe custado imenso esforço emocional e psíquico (Ramos, 1990, p. 131).

Alguns indígenas podem até chegar a cometer suicídio, por tentarem se arriscar na luta política sem retorno. Com a sensação de derrota, chegam a acabar com sua própria vida por sentirem-se envergonhados justamente pelo fato de não terem logrado êxito em seus propósitos.

Com a dificuldade em se expressar em outra língua, Sampaio (*apud* Ramos, 1990), com muita clareza e paciência, evidencia enorme frustração e certa raiva reprimida por todos os acontecimentos vivenciados.

Ramos (1990) ainda observa o quão importante é a questão para que não seja criado uma outra nação dentro de um país gigante, com recursos suficientes para que sejam nele vivenciadas diversas culturas com respeito, união e igualdade.

[O discurso de Sampaio] também revela uma das noções mais caras aos índios, a de que eles devem ser considerados iguais aos brancos, embora mantendo suas diferenças culturais, noção essa totalmente em conflito com a interpretação oficial do que deve ser integração, isto é, a completa diluição da população indígena dentro de uma massa supostamente indiferenciada de brasileiros (Ramos, 1990, p. 132).

Aquela autora ainda aponta as dificuldades de Terena para que pudesse deixar sua terra natal, no Mato Grosso do Sul, para morar na capital Campo Grande, de onde depois seguiu até chegar em Brasília, para aliar-se ao movimento e fazer parte da criação da então União Nacional Indígena (UNI), sendo várias vezes rejeitado para trabalhar na FUNAI, de todas as formas, tentando “retomar” o órgão para que servisse ao seu propósito original, em defesa dos índios, e não de uma forma que pudesse “isolá-los”, muitas vezes, de suas culturas, submetendo-os a aceitar menos do que merece um ser humano.

Apesar de bastante crítico do desempenho do governo brasileiro na questão indígena, Terena tem mantido sua convicção de que operar de dentro do sistema é uma tática tão válida quanto o confronto aberto. Por essa postura ele tem pago um alto preço, na forma de desconfiança por parte de seus companheiros e de brancos que apoiam a causa indígena, que o têm acusado de cooptação (Ramos, 1990, p. 133).

É real a necessidade de os indígenas serem reconhecidos por suas capacidades de poder executar outras tarefas, aprender outro idioma, frequentar faculdades e gozar dos mesmos direitos do homem branco – ser reconhecido como brasileiro também. Sobre a questão, Ramos (1990, p. 133) atenta:

A aparente apologia que ele faz à grande nação brasileira não é mais do que uma figura de linguagem habilmente construída para chegar à conclusão, para ele crítica: digam o que quiserem os que vêm na presença indígena um entrave ao progresso, mas, em última análise, o Brasil não amadurecerá como nação desenvolvida se sua população indígena continuar a ser tratada como “um mito, uma coisa que não existe”. Em outras palavras, Terena atribui

o subdesenvolvimento do país, em parte pelo menos, à maneira incorreta com que trata os índios.

Mais tarde, Terena foi cogitado para presidente da FUNAI, culminando em um grande passo para o período histórico e cultural brasileiro ao colocar índios em altos cargos, de onde pudessem representar seus povos com mais poder de voz.

É preciso ainda recordar que a marginalização, o alcoolismo, as doenças psíquicas, entre outros problemas, podem ser desencadeados com base no avanço político indígena. Um exemplo desse comportamento seria, como foi dito previamente, as tentativas de suicídio, muitas vezes, por motivos de um indígena tentar representar seu povo e, não obtendo sucesso, tomar-se pelo sentimento de vergonha ao retornar à sua região, atentando contra sua própria vida (Ramos, 1990).

Alcoolismo, marginalização nas aldeias e fora delas, desconfiança generalizada do mundo, angústia, confusão psicológica e até assassinatos, são alguns dos fardos que carregam e que fazem de suas vidas um drama pessoal cujas dimensões chegam, às vezes, a ser maiores do que podem suportar. Tem havido mesmo tentativas de suicídio, como no caso que testemunhei de um índio Tikuna que, desesperado com o imobilismo da FUNAI para resolver problemas de terra de seu povo, sentiu que era preferível morrer do que voltar para casa, mais uma vez derrotado. Junte-se a tudo isso a possibilidade sempre presente de manipulação e cooptação como instrumento para minar sua auto-confiança e integridade, e podemos ter uma idéia do desespero a que pode chegar um índio cuja consciência crítica o leva a lutar contra a corrente (Ramos, 1990, p. 134).

O poder que as falas desses representantes podem causar, a força de vontade e a determinação de poderem viver em harmonia com os demais cidadãos, não podem, de fato, ser distantes da sociedade, mas sim, aspectos que devem ser acolhidos, unificando as “nações” já existentes em um só país.

## 2 AS DISPUTAS TERRITORIALISTAS E O MARCO TEMPORAL ATUALMENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Atualmente são registrados conflitos oriundos de disputas territorialistas, relacionados aos direitos indígenas. Muitas vezes, tais conflitos podem ser causados por empresas privadas ou mesmo pelo Governo Federal, fazendo com que os povos indígenas sofram algum tipo de perseguição, mediante a falta de respeito com os mesmos e/ou pela má fiscalização ou interpretação das leis que regem os direitos indígenas.

A aplicação do marco temporal limita a resistência desses povos ao tentar defender seus territórios, prejudicando suas terras em favor de processos de espoliação e exploração de recursos naturais advindos delas – o que põe em risco a vida de homens, mulheres e crianças indígenas, expostos a ataques violentos.

As decisões do STF podem afastar-se do julgamento do famoso caso “Raposa Serra do Sol”, ao qual se diz respeito a Petição 3.388 Roraima (Brasil, 2009). Todavia, tem-se ainda o Parecer nº 001, de 2017, da Advocacia-Geral da União (AGU), que trata do princípio do *stare decisis*, ou seja, a prática de não revisitar temas e questões de casos anteriores. Este traz à luz a seguinte resolução, *in verbis*:

No Brasil, não obstante, a formação histórica do Supremo Tribunal Federal e a construção inicial de um sistema de controle de constitucionalidade de normas não foram acompanhadas pela institucionalização de um princípio de *stare decisis* ou de qualquer mecanismo dotado de semelhantes funções. Devido a uma série de fatores que podem ser observados na perspectiva histórica de análise do período de formação da República Federativa (1890-91) – entre os quais sobressai a preocupação política com a concentração de poderes e, nesse aspecto, com o extremo fortalecimento político-institucional do STF, inspirado no modelo da Suprema Corte norte-americana, em relação à experiência de seu antecessor, o Supremo Tribunal de Justiça do Império – o constituinte daquele momento rejeitou a proposta de Rui Barbosa<sup>(35)</sup>, a qual, no fundo, pretendia introduzir o princípio do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro (Brasil, 2017a).

Também, contando com o voto do Min. Luís Roberto Barroso na Ação Cível Originária (ACO) 362 Mato Grosso, o qual também foi relator dos embargos declaratórios no caso Raposa Serra do Sol, com os seguintes comentários:

Também penso, Senhor Presidente, como assentou o eminente Procurador Geral da República Doutor Rodrigo Janot, cuja presença sempre honra este plenário, não se tratar, aqui, de uma discussão que envolva o marco temporal. Gostaria de pontuar brevemente essa questão, porque, na Petição 3.888,

relator Ministro Carlos Ayres Britto, foi fixada, como marco temporal, a data de promulgação da Constituição de 1988. Penso que essa discussão não se coloca, aqui, por duas razões: a primeira é que, no julgamento dos embargos de declaração, naquela demanda em que eu mesmo fui relator, assentou-se que os parâmetros ali estabelecidos somente se aplicavam àquele caso. Em segundo lugar, nesse caso específico que estamos debatendo, porque o parque indígena do Xingu foi demarcado muito antes da vigência da Constituição de 1988. Portanto, essa questão não se colocaria. Mas, a despeito disso e em *obiter dictum*, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650 (BRASIL, 2017b)

*A priori*, o marco temporal pretende consolidar uma grande restrição aos direitos territoriais dos indígenas, sendo que o Brasil sequer formulou medidas para uma eficácia na fiscalização desses direitos.

De acordo com o art. 28 da Declaração das Nações Indígenas (Nações Unidas, 2008 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 10), sobre os seus direitos, têm-se:

1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado.
2. Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada.

A Relatora Especial das Organização das Nações Unidas (ONU), Victoria Tauli-Corpuz, explana o quão necessário e significativo seria uma segurança jurídica; em outras palavras, uma melhor fiscalização dos direitos e leis que regem os povos indígenas, para que por meio delas os mesmos sejam preservados, assim como o direito ambiental (Anjos *et al.*, 2021). O marco temporal, então, limitará e violará as garantias que os indígenas teriam.

Convém lembrar que o desenvolvimento rural conforme se alastra pelo país, principalmente na produção desenfreada de soja, que necessita de muita água para que sua manutenção seja feita; porventura, vem a secar diversos lençóis freáticos,

acabando com milhares de rios que, por vezes, fazem parte da vida e dos territórios indígenas. Uma fiscalização de uma determinada área para que possa beneficiar ambas as partes, ruralistas e os povos indígenas, deveria ser, então, implantada, com o objetivo de limitar por um determinado espaço o desmatamento para o plantio de soja, a fim de que tal ação não seja prejudicial ao meio ambiente, que abriga várias aldeias, bem como frear o desmatamento em geral. Sobre a questão, a soja tem sido observada como uma das práticas mais invasoras dessas terras.

Os ruralistas sugerem que os povos indígenas sejam integrados ao um plano para tentar beneficiar ambas as partes, mas sem que o país tome medidas de fiscalização sobre tais atos. Sobre a questão, a Convenção nº 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Nações Unidas, 2008 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 12) reluz em seu art. 7º, *in verbis*:

Artigo 7º I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Contudo a Relatora Especial para os Povos Indígenas das Nações Unidas (Nações Unidas, 2008 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 12) traz em pauta o seguinte:

De fato, historicamente o desenvolvimento em todo o mundo ocorreu e ainda ocorre às custas dos povos indígenas; de forma frequente esse tem sido o caso quando terras e recursos dos povos indígenas foram tomados, em seu detrimento e em benefício do desenvolvimento de outros. Respostas destinadas a melhorar a situação social e econômica de os povos indígenas devem levar em conta essa história e tentar restaurar aos povos indígenas o que foi perdido, incluindo terras suficientes para garantir uma base econômica para seu desenvolvimento e meios para o exercício de sua autodeterminação sobre questões relativas ao seu desenvolvimento. Na verdade, numerosos estudos têm mostrado que o aumento do controle dos povos indígenas sobre seus processos internos de tomada de decisão resulta em melhores resultados de crescimento econômico (tradução livre) (A/HRC/27/52, parágrafo 44).

Também vale trazer o fato de que o direito de propriedade deve ser igualmente protegido. Logo, o direito da terra não pode se sobrepor aos direitos originários. Nesse ínterim, segundo o professor Carlos Marés (Souza Filho, 2013 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 13):

O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros.

O julgamento da ACO 323, que trata da terra indígena do povo Krenak, no Estado de Minas Gerais, consolida o debate a respeito do choque entre o direito à terra indígena e o direito à propriedade privada, já assentada no STF. A ação civil traz em sua ementa o seguinte:

Ação Cível Originária. títulos de propriedade incidentes sobre área indígena. Nulidade. Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios krenak e outros grupos. procedência do pedido. (STF, ACO 323/MG, relator: Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 08-04-1994) O Estado de Minas Gerais, apoiado pelo governo federal, retirou o povo Krenak do Vale do Rio Doce e os dispersou por outras áreas indígenas, cedendo suas terras para produtores privados. Em uma ação judicial que foi iniciada antes da Constituição de 1988, mas julgada definitivamente em 1994, foram anulados todos os títulos de domínio expedidos pelo Estado de Minas Gerais e determinado o retorno dos índios à terra. A histórica decisão do STF, baseado em voto do Ministro Francisco Rezek demorou mais alguns anos para ser cumprida e somente em 1997 os Krenak retomaram a posse de suas terras. É uma história de sucesso na reversão (Krenak citado por Souza Filho, 2013 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 13).

Tendo em vista com o que se tem origem com o marco temporal os então proprietários de terras teriam cortados os seus recursos originados do Estado e os garantiriam com usufruto indígena. Os ruralistas, então, pedem a revisão do art. 231, confundindo o termo “ocupar” com o termo “posse direta”. Assim, com base na Convenção nº 169 da OIT (1989 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 17), seus arts. 13 e 14 atentam, *in verbis*:

Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma. Artigo 14 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente



ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

Não tendo, assim, disposto na tese ruralista que a Carta Magna trata sobre o direito ao território e não a posse. Segundo Almeida (2007 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 18):

Nos termos do Art. 2.º da referida Convenção, tem-se explicitado o procedimento de reconhecimento de “povos” e/ou “comunidades”, sob um significado lato senso para além do sentido estrito de “tribo”, assim enunciado: “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser tida como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições desta Convenção”. Além disto, o Art. 14 assevera o seguinte em termos de dominialidade e direitos territoriais: “dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. A ratificação da Convenção 169 não apenas reforça instrumentos de redefinição da política agrária, mas também favorece a aplicação da política ambiental e de políticas étnicas, reforçando os termos da implementação de um outro dispositivo transnacional, qual seja, a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB10.

No que se refere às “terras tradicionalmente ocupadas”, conforme o art. 231 da CF de 1988 (Brasil, 1988), o professor José Afonso da Silva (2018 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 19) assim reflete sobre a estratégia ruralista para estabelecer uma definição da tradicionalidade da ocupação indígena:

A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte de continuidade de proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional.

Conclui-se que o marco temporal apresenta interpretação jurídica controversa relacionada aos direitos territoriais, ao passo que sua segurança jurídica é uma questão de perspectiva e depende dos valores e princípios de quem analisa a situação. Segundo Binenbojm (2020 *apud* Anjos *et al.*, 2021, p. 20):

Afinal, qual o papel institucional da repercussão geral como instrumento da jurisdição constitucional do STF? Embora o constituinte não a tenha dotado de efeitos vinculantes, parece clara a sua vinculação com a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima dos cidadãos. A disciplina do art. 1.035 do CPC, assim como a recente alteração promovida pela Lei n. 13.874/2019 no art. 19, VI, alínea “a” da Lei n. 10.522/2002, sugerem que a repercussão geral deve ser utilizada pelo STF como instrumento processual

para preservação da sua jurisprudência, que só deve ser alterada em casos de uma distinção fática relevante entre casos concretos ou mutação inequívoca do parâmetro jurídico do controle de constitucionalidade.

## **2.1 As contradições do marco temporal sobre a posição do Supremo Tribunal Federal**

Trata-se do indigenato no Estado brasileiro como uma forma de tentar entender a parte do Tribunal, bem como atentar-se às consequências que podem ser geradas. De outra forma de análise, o texto coloca em pauta a inconsistência do marco temporal de 1988.

O texto por um olhar “etnocêntrico” demonstra o olhar que voltava os povos indígenas como de povos “não índios”, apesar de muita luta e de diversos movimentos indígenas para que pudessem ter, então, sua inclusão na sociedade. Dessa feita, o cenário vem mirando em uma diversidade cultural para que os povos indígenas possam representar esse progresso em defesa de seus direitos. Juzinskas e Ayres (2019, p. 20), sobre a questão, pontuam:

Pode-se dizer que essa herança dos aldeamentos, até a superação da política indigenista assimilacionista, sobreviveu em relação às terras indígenas. No passado, demarcações ocorreram ignorando-se o modo de viver dos indígenas, que precisam de grandes áreas de caça para que haja uma sustentabilidade no ambiente, comprometendo a sua reprodução física e cultural o aldeamento em pequenas áreas ou fazendas. Muitos povos foram impedidos de viver de acordo com seus costumes, por uma impossibilidade física. A partir de uma nova política indigenista, a situação tende a se modificar.

E ainda, Juzinskas e Ayres (2019, p. 21) asseveram:

Essa mudança de paradigma se dá em consonância com a ordem jurídica internacional, a exemplo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada no Brasil em 2004, cujo artigo 13 dispõe que "a utilização do termo 'terras' nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma". Assim, refletida pela Constituição de 1988, as terras indígenas devem ser consideradas de acordo com o modo de viver dos próprios índios, e não segundo um padrão cultural não índio.

Aqueles autores tratam da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais especificamente no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua, onde o Tribunal conclui pela necessidade de uma delimitação para as propriedades

das comunidades indígenas, tendo como base seus valores e costumes. Com isso e baseado no que se tem na CF de 1988 (Brasil, 1988), que está de acordo com a proteção dos direitos humanos, em tese, consolida a proteção de terras indígenas.

No texto entende-se que, com a alteração feita pelo STF na Sumula nº 650 em seus incs. I e IX, do art. 20 da CF de 1988 (Brasil, 1988), quando do abandono de um determinado ponto ou, como se referem os autores, de um “aldeamento”, podem, então, essas terras não serem mais consideradas indígenas. Sobre a questão, Juzinskas e Ayres (2019, p. 23) observam:

Embora no precedente tenha se discutido o que deve ser entendido por terra indígena ou não, o fato é que não se tratava de um processo de demarcação, de uma população demandando a terra. A preocupação foi afastar o interesse da União nos casos em que, muito remotamente, uma área tenha sido habitada por índios, pois do contrário todo o País assim deveria ser considerado, se em algum momento já houvesse aldeamentos. Essa conclusão se aplica a povos extintos, ou “aldeamentos extintos”, como afirma a súmula, impossibilitando a demarcação ou retomada de grandes centros urbanos cujas populações originárias tenham sido extintas – como os Tupinambá do Rio de Janeiro, por exemplo. Situação completamente diversa é a de um povo vivo que pleiteia a sua terra, por ter sido dela expulso. Não é disso que trata a súmula, nem foi esse o contexto que lhe deu origem.

Nesse raciocínio, mediante o caso Raposa Serra do Sol, têm-se as palavras do Min. Carlos Alberto Menezes, as quais reafirmam a lógica da extinção do que pode de fato ter sido terra indígena um dia, sendo essa não mais após o abandono da mesma por uma comunidade indígena (Juzinskas; Ayres, 2019).

Seguindo pela questão do esbulho possessório indígena, Juzinskas e Ayres (2019, p. 28) especificam o seguinte conceito:

A instituição inventiva de um marco temporal para que se analise a ocupação indígena, somada a um conceito extremamente restritivo de renitente esbulho, tem servido, de fato, para que o Estado brasileiro confira legalidade a incontáveis violências ocorridas no passado, além de caracterizar uma afronta à Constituição Federal de 1988 e a seus princípios norteadores.

Dando continuidade, observa-se que a mais efetiva via de garantia dos direitos fundamentais indígenas seria a consolidação do marco temporal como uma garantia ao que se refere o texto constitucional. Considerar, então, as terras indígenas como aspecto tecnológico não é algo efetivo.

O problema se agrava quando entra em cena o chamado renitente esbulho. Por essa visão, caso os indígenas não estivessem na posse direta da área quando promulgada a Constituição, nem houvesse conflito possessório nessa data, não haveria direito à demarcação. Seria como se os índios tivessem tolerado o esbulho ou até abandonado o território, abrindo mão dele (Juzinskas; Ayres, 2019, p. 31).

Para Juzinskas e Ayres (2019, p. 32):

O que mais assusta, contudo, é o caráter restritivo conferido pelo STF ao renitente esbulho. Como se viu, o tribunal desprezou uma série de manifestações formais por parte dos indígenas em protesto pelo seu território, com um rigor desproporcional, que praticamente aniquila o direito fundamental daqueles índios esbulhados.

Silva (2004 *apud* Juzinskas; Ayres, 2019, p. 32) destaca:

Os índios não precisam provar que ocupam a terra desde o ano 1500. Eles precisam provar que habitam a terra atualmente e estão sendo esbulhados ou que ocupavam a terra e foram espoliados de seu território em um passado vivo e palpante que pode ser reconstituído pela história oral, modo de ocupação e vestígios de sua presença na área. Diante de uma ocupação tradicional atual ou pretérita, os títulos dominiais são nulos e extintos, não produzindo efeitos. Da mesma forma é nulo e não produz efeitos qualquer ato que visa à ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas tradicionais (art. 231, § 6º, Constituição Federal de 1988). Tal dispositivo constitucional reforça o conceito de direito originário que os índios têm sobre suas terras tradicionais. O direito originário precede a qualquer outro. Se os índios foram expulsos da terra, convencidos a sair ou removidos, no momento de tal ato eles ocupavam a terra em caráter permanente, uma vez que os índios não abandonaram suas terras espontaneamente. Ao saírem da terra por qualquer desses motivos, os índios não perdem a posse sobre elas, porque essa posse é permanente e imprescritível. A posse dos ocupantes não índios é precária e nula e a posse dos índios é permanente, originária e congênita.

De fato, as consequências que foram e ainda podem ser geradas são muito graves, tendo em vista a trajetória de lutas e movimentos indígenas para que pudessem evitar o genocídio e a violação de seus direitos fundamentais como povos originários.

Em síntese, condicionar a demarcação a uma situação de efetivo conflito possessório, de fato ou judicializado, em 1988, após tantos anos de massacre, significa empurrar para os povos esbulhados um ônus desproporcional, em total dissonância para com a vontade do constituinte originário. Esse entendimento tem o condão de legitimar violências ocorridas em conflitos agrários entre indígenas e não indígenas, inclusive, durante o regime de exceção, contrariando a Constituição (Juzinskas; Ayres, 2019, p. 33).

Juzinkas e Ayres (2019, p. 35) ainda frisam que:

A tese do marco temporal, compreendendo um conceito extremamente restrito de renitente esbulho, termina por legitimar, como consequência prática, toda forma de violência cometida em desfavor dos povos indígenas. E essa não é, com absoluta certeza, a intenção da Constituição Cidadã, que ostenta o compromisso inadiável de superar os entraves autoritários que vigoravam no regime de exceção anterior.

Por fim, têm-se que os conflitos agrários que envolvem indígenas podem resultar em consequências graves e irreversíveis a essa população, assim que assumida a tese do marco temporal, juntamente com a do esbulho.

Nesse sentido, exigir, como um requisito para o reconhecimento das terras indígenas, que ainda, em 1988, na transição de uma tenebrosa ditadura, os índios esbulhados e silenciados estivessem herculeamente resistindo em suas terras ou litigando judicialmente por elas configura um verdadeiro absurdo, desarrazoado ao extremo. Se o STF deseja manter o marco temporal de 1988, em homenagem a uma suposta segurança jurídica, deve, no mínimo, conferir uma interpretação bem menos restritiva ao conceito de renitente esbulho, sob pena de legitimar os piores ataques cometidos contra os povos indígenas, verdadeiros habitantes originários dessas terras. Não há outra digna saída, e o contrário significa menosprezar um verdadeiro genocídio, o que não pode ser admitido em uma ordem democrática (Juzinkas; Ayres, 2019, p. 37).

## CONCLUSÃO

Desde o primeiro contato entre os povos europeus e os povos da América, desencadeou-se uma série de consequências culturais para os povos indígenas, colocando em ênfase a dignidade destes últimos. Nesse viés, cabe uma nova noção de relação jurídica estabelecida com os mesmos.

No Brasil, a Carta Magna veio expandir esses direitos então originários. De modo que pudesse ser solucionada de forma fácil e rápida, é possível observar que são simples e não tão distantes as soluções para casos como, por exemplo, da Raposa Serra do Sol.

Nota-se que a situação indígena sempre se encontra na mão das bancadas ruralistas previstas no Congresso Nacional (CN), com muitas estratégias de alterar os órgãos de proteção aos povos indígenas desde a época em que foi criado o SPI, passando pela FUNAI e posteriores reestruturações.

Propostas que incidem em atrasar os processos do marco temporal atualmente estão em pauta no CN, sendo possível observar o interesse em diluir os direitos da população indígena desde os tempos da colonização e em cada uma das Constituições brasileiras. As condições de vida e cultura indígenas estão sob ameaças há séculos, sendo que, nos tempos atuais, não se percebem mudanças significativas que poderiam promover melhor colaboração entre uma cultura e outra.

Em suma, é possível observar a constante determinação dos povos indígenas para que possam ser ouvidos, incluídos na sociedade, bem como a vontade expressa de em harmonia poderem compactuar duas culturas tão distantes. Prova disso seria o fato de que, constantemente, a escrita vem sendo uma das maiores fontes de poder dos índios para se comunicarem, expressarem suas vontades, além do rádio, da televisão, da *internet*, entre outros meios. Indígenas que optaram por ingressar em faculdades, obterem um emprego. Mas quando da obtenção de maior relevância, acabam por sofrerem por conta da sociedade. Nesse ínterim, as leis devem ser mais eficazes em relação aos seus territórios e à preservação de seus conhecimentos. Conforme vão obtendo os costumes do homem globalizado, os povos em comento também podem evoluir suas culturas – uma espécie de mutualismo cultural, por assim dizer.

De certo modo, a tese do marco temporal depende de uma decisão importantíssima do STF, que pode acarretar em um grande retrocesso no que se firma a garantir os direitos dos povos indígenas, como uma forma de pacificar os conflitos agrários com as causas indígenas, uma vez que se tem um conflito de realidade entre esses dois tipos de populações. A então apropriação da terra, que um dia foi considerada indígena, pode causar danos severos e que poderiam ter sido evitados caso, por direito, esses povos pudessem reivindicar essas terras um dia abandonadas. Seria, então, uma falsa solução para o conflito em voga, de modo que despreze e até desconsidere o histórico sofrido de que eles carregam em sua trajetória antes mesmo da CF de 1988 (Brasil, 1988).

Até a data das linhas que se seguiram, mais precisamente entre os anos de 2021 e 2023, o cenário tem sido bem instável a respeito do marco temporal, culminando em um período de diversas discussões, debates e protestos. Mais especificamente, em abril de 2021, houve a aprovação da admissibilidade do PL nº 490, de 2007 (Brasil, 2007), pela Câmara dos Deputados (CD), podendo, então, ter voto em plenário.

Mesmo com bastante repercussão por parte dos povos indígenas, sendo motivo para protestos em maio de 2021 contra a PL em comento, ainda no mesmo ano, o setor jurídico da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) defendeu que alguns ministros fossem vetados de votar em favor das teses ruralistas, em apoio à aprovação do marco temporal – o que poderia dar ainda mais força para aprovação no CN.

Em junho do mesmo ano, o STF tomou a decisão de que o marco temporal não seria a única maneira de determinar as terras indígenas – o que representou uma grande conquista para os povos indígenas. Mesmo assim, a PL ainda está em trâmite; e, diante de tais fatos, a Corte Maior Interrompeu a votação. Após uma paralisação entre os anos de 2021 e 2023, o tema tem avançado na CD, sendo aprovado ainda em 2023. Já no Senado Federal (SF) tem-se um trâmite mais devagar, até que seja concluída uma votação.

Em 2023, mais especificamente em maio, outros movimentos de protestos Indígenas foram organizados em Brasília. O intuito era que se pudesse ter uma maior conscientização e mobilização contra a aprovação do marco temporal, já que sua aprovação pode incorrer na expulsão das comunidades que já vivem em terras demarcadas. Em caso de validação do marco temporal, os povos indígenas de terras

isoladas seriam os mais afetados, pois seria cada vez mais fácil o acesso às regiões nas quais os mesmos estão estabelecidos, com o objetivo de evitar o contato com o homem urbano. Dessa feita, o Instituto Socioambiental (ISA) (2023) estima que cerca 100 grupos vivem nesta situação. No entanto, esses grupos estão sempre se deslocando o que dificulta um controle (demográfico). Assim, caso ocorra uma possível aprovação da tese, quase todas essas terras demarcadas poderiam ser extintas.

Segundo o relatório *Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil* (CIMI, 2022), estima-se que existem cerca de 1393 terras demarcadas indígenas no Brasil – todas correndo grave perigo.



## REFERÊNCIAS

ANJOS, Auricelia dos; LAURIS, Elida; MARTINS, Pedro Sérgio Vieira; SANTOS, Raimundo Abimael dos. **Justiça e o Marco Temporal de 1988**: as teses jurídicas em disputa no STF sobre terras indígenas. [S. l.]: Conselho Indígena Tapajós Arapiuns – CITA: Terra de Direitos, 2021.

BRABO, Waldir; BENTES, Natalia. A inconvenção e a inconstitucionalidade do marco temporal estabelecido sobre terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 10, n. 26, p. 123-143, maio 2020. DOI: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v26i10.5324>. ISSN 2237-583X

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº 001, de 2017**. Brasília, 2017a.

BRASIL. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 191, de 2020**. Regulamenta o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas. Altera as Leis nº 6.001, de 1973 e 11.460, de 2007. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223676> 5. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 490, de 2007**. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/345311>. Acesso em: 27 jun. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o91&text=NOVA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o91&text=NOVA%20CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%20)

2016%2F07%2F1934.&text=Art%201%C2%BA%20%2D%20A%20Na%C3%A7%C3%A3o%20brasileira,em%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 7, de 20 de novembro de 1889**. Dissolve e extingue as assembléas provinciaes e fixa provisoriamente as atribuições dos governadores dos Estados. Rio de Janeiro, 1889. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D0007.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207%2C%20DE%20%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201889&text=Dissolve%20e%20extingue%20as%20assembl%C3%A9as,atribui%C3%A7%C3%B5es%20dos%20governadores%20dos%20Estados](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0007.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207%2C%20DE%20%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201889&text=Dissolve%20e%20extingue%20as%20assembl%C3%A9as,atribui%C3%A7%C3%B5es%20dos%20governadores%20dos%20Estados). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Petição 3.388 Roraima**. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Advogado: Antônio Márcio Gomes das Chagas. Requerido: União. Advogado: Advocacia-Geral da União. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Civil Originária 362 Mato Grosso**. Autor: Estado de Mato Grosso. Advogado: Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso. Réu: União. Advogado: Advocacia-Geral da União. Réu: Fundação Nacional do Índio. Advogado: Procurador-Geral Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 ago. 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes. **A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”**: o Supremo Tribunal Federal e o indigenato do Min. João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923). Orientador: Rodrigo Augusto Lima de Medeiros. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório**: violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2021. [S. l.]: [s. n], [2022].

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Povos indígenas isolados**: um panorama sobre os povos indígenas em isolamento. [S. l.], 2023. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%8Dndios\\_isolados](https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%8Dndios_isolados). Acesso em: 15 jun. 2023.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves; AYRES, Rodrigo Santa Maria Coquillard. Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 18, n. 53, p. 13-40, jan./jun. 2019. Disponível em: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fRK-9d2hKVYJ:https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-53-janeiro-junho-2019/breves-apontamentos-acerca-de-causas-e-consequencias-na-adocao-do-marco-temporal-em-materia-de-terra-indigena/at\\_download/file&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:fRK-9d2hKVYJ:https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-53-janeiro-junho-2019/breves-apontamentos-acerca-de-causas-e-consequencias-na-adocao-do-marco-temporal-em-materia-de-terra-indigena/at_download/file&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 8 nov. 2022.

OLIVEIRA, Antônio Leal de; BRAGATTO, Júlia Ruy; LIMA, Mariana Montenegro de Souza Lima. A inconstitucionalidade do marco temporal: riscos e ameaças à tutela dos povos indígenas originários do Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 455-486, 2022. DOI: <https://doi.org/10.25245/rdspp.v10i3.134>.

RAMOS, Alcida Rita. Vozes indígenas: o contato vivido e contado. **Anuário Antropológico/87**, p. 117-143, 1990.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 133, p. 480-500, set./dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.155>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/rX5FhPH8hjdLS5P3536xgxf/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 7 nov. 2022.